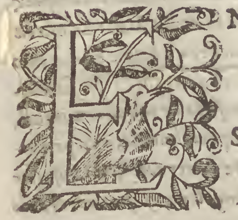
✠

CONSVLTA
POR
EL LICENCIADO
DON ALONSO MARQVEZ
PACHECO, PRESBYTERO:
EN EL PLEYTO
CON EL LIC^DO. DON ANTONIO
LOPEZ MARQVEZ, PRESBYTERO;
SOBRE LA CAPELLANIA
que vacò por muerte del señor Racionero Juan Gonçalez.



1 EN 27. de Febrero de el año passado de 1657. el Capitan Agustin de Saldivia, hallandose enfermo, empeçó a hazer su testamento por ante Juan Fernandez de Sotomayor, Escriuano Publico; y cõsiderando q̃ la grauedad del mal no le daria lugar a continuarlo, y fenecerlo, por vna de sus clausulas le diò su poder para ello, y para testar por él, a Lorenço de Uguillurreta, y al Cura Juan Gonçalez, con amplia facultad de hazer a su arbitrio, y sin limitacion alguna las mandas, legados, Capellanias, y declaraciones, que les pareciesse, en la forma siguiente:

2. *Para que si yo no pudiere fenecer este dicho mi testamento, los susodichos lo hagan con las mandas, legados, y declaraciones, y circunstancias que quisieren, y dexen, que yo dexo por mi heredera à la dicha Doña Andrea del Palmar, mi muger, para que herede el residuo que quedare de mis bienes despues de cumplido este mi testamento, ò el que dispusieren los dichos mis fideicomissarios; los quales puedan fundar*

qualesquiera Capellanias, y obras pias, y hazer mandas, y legados a su arbitrio sin limitacion alguna; esto, antes, ò despues de mi muerte: y reuoco otros qualesquiera testamentos, codicilios, y disposiciones que yo aya hecho antes de aora. Y sean mis Albaceas los susodichos, y la dicha mi muger, y cada vno dellos insolidum.

3. Aviendo muerto aquel mismo dia el testador, los dichos sus comissarios despues hizieron, fenecieron, y otorgaron su testamento, en que hizieron diferentes legados, y varias obras pias; y por vna de las clausulas dél fundaron, en especial vna Capellania, que dotaron de ocho mil ducados de principal, y por ellos quatrocientos de renta en cada vn año, la qual se sirviesse en la Hermita del Angel de la Guarda, y le señalaron el numero de Missas, y nombraron sus Capellanes, con cargo de irlas a dezir, y cantar á la dicha Hermita, y a administrar en ella los dias señalados el Sacramento de la penitencia en bien de los fieles, que alli acuden: y por concurrir en el dicho Cura Juan Gonçalez las calidades para ello necessarias, le nombró por primero Capellan el dicho Lorenço de Uguillurreta, y ambos continuaron los demás llamamientos assi:

4. *Y desde luego ambos de conformidad nombramos por Capellanes perpetuos de la dicha Capellania a Francisco Lopez, y Antonio Lopez, hermanos, hijos de Antonio Lopez difunto, y de Doña Iuana Marquez su muger, vezinos desta Ciudad, sobrinos de la dicha Doña Andrea del Palmar; y a Don Alonso Marquez Pacheco, hijo de Antonio Marquez Pacheco difunto, y de Doña Catalina de Henestrosa su muger, porque somos informados, y nos consta es persona de mucha virtud, aplicacion, y afecto à las cosas Eclesiasticas; y especialmente, y en primero lugar nombramos al que de los tres se hallare Sacerdote, y Confessor al tiempo de la muerte de mi el dicho Iuan Gonçalez; y si todos tres lo fueren, preferimos al mas docto, y virtuoso.*

5. Por aver los dichos comissarios excedido en las mandas, obras pias, y Capellanias, de el quinto de los bienes del testador (segun se reconoció) se originó que la heredera pidiesse la possession de todos los bienes de la herencia, procurando reducir al quinto la disposicion testamentaria, y sobre ello se siguió pleyto, pretendiendo los comissarios, que la herencia se entendia en el residuo que quedasse despues de cumplido el testamento que avian hecho: y de lo mismo resultó que la heredera contradixesse la ereccion, y colasion de dicha Capellania, que se pretendió por el dicho primero Capellan, sobre

que

que ſe ſiguió pleyto,y ſe hizieron,y publicaron prouanças; y eſtando concluſo para ſentencia,ſe convinieron la heredera,y Capellan en tranſigirlo; y aviendo conſeguido licencia para ello,otorgaron eſcritura de tranſaccion, en que reuocaron, y alteraron toda la fundacion,forma de llamamientos,y calidades dellos,la qual ſe aprobò por el Ordinario,y ſe erigió dicha Capellania,y ſe le coló al dicho Cura Juan Gonçalez, que la ſirvió ſegun la fundacion,y calidades della.

6. Aviendo vacado dichaCapellania con la muerte del dicho Cura Juan Gonçalez, ſe opuſo a ella el dicho Don Antonio Lopez,en virtud de latranſaccion. Contradixo ſu opoſicion Don Alonſo Marquez,pretendiendo tener expreſſa prelaciõ, y primero llamamiento en dicha vacante por la fundacion, a que ſe debia eſtar, pues ſe hallaua Confeſſor, y demás dello graduado enFiloſofia,y Canones,coſa que le preferia tambiẽ en el caſo que ſe preuino en dicha fundacion.

7. Conſultaſe en eſte ſupneſto, qual de los dichos opoſitores tiene mejor derecho,y a qué ſe ha de eſtar, ſi á la fundacion, ó la tranſaccion que la alteró? Antes de reſponder à la conſulta propueſta,me es preciſo advertir,q̃ en ambos pleyros defendi á la heredera,y que en el de eſtaCapellania ſervi de teſtigo en la informacion de vtilidad, para tranſigir dichos pleytos; pero porque no ſe juzgue que me puedo oponer, en lo q̃ aora reſolviere,a lo que entonces ſenti, como Abogado, y teſtigo, ſupongo lo ſiguiente.

8. Lo vno,que es cierto que no ſe me manifeſtó, ni conſultò la materia de lo que ſe avia de tranſigir; ſi ſolo en general lo de eſtar las partes ajuſtadas en tranſigir dichos pleytos,y eſto juzgué, y juzgaré ſiempre por vtil; pero el ſerlo en la forma que ſe ajuſtó la tranſaccion ſobre dicha Capellania,eſto nunca lo pude declarar,porque no ſe expreſſó,ni manifeſtó. Y lo otro,que deſpues deſta conſulta vi la dicha tranſaccion, y vine en conocimiento de ſu forma,y de lo que ſe tranſigió; con que he hallado ſer muy diſtinto de lo que ſe litigaua, y que en lo que recayó la tranſaccion,no ſe pudo tranſigir.

9. Segun lo qual, ſiendo los caſos muy diſtintos, como lo ſon en la verdad, no me puedo contradezir, ni oponer a lo que ſenti entonces,ni como Abogado, ni como teſtigo,ſegun con mas claridad ſe irá reconociendo en el diſcurſo de la reſolucion deſta conſulta; y quando en algo de los diſcurſos me

apar-

apartàre de profeguir en el ſentir que tuue en quanto a los llamamientos,me ſervirà de eſcuſa, y eſcudo lo que dize la ſabiduria en el *cap.Magnæ 22.quæſt.4.* y el que *nō dicitur fallax,qui ad veritatem reuertitur,cap.apud 32.quæſt.1.*

RESOLUCION.

10. Reſpondo, his ſuppoſitis, á la conſulta referida, que el dicho Don Alonſo Marquez tiene prelacion conocida por fundarſe en la voluntad expreſſa de la fundacion,a que ſe debe eſtar,ſin que le pudieſſe cauſar perjuizio la innouaciō y alteracion,que por la tranſaccion padecieron los llamamiētos hechos en dicha fundacion; y eſte me parece mas ſeguro derecho,y por tal lo tengo.

11. Primo, por que el litigio principal miraua á la herencia del dicho Capitan Aguſtin de Saldivia, y en él ſe pretendia por la heredera,que los comiſſarios del ſuſodicho no pudierō ſin eſpecial,y expreſſa facultad exceder del quinto de ſus bienes,aviendo heredero;y eſte ſentir tuue,y tendré,*ex l.37.Taur.* que es la *l.11. tit.4. lib.5. Recop.* como fundé en terminos en el informe que eſcriui por dicha heredera; pero eſto ſolo pudo ſer cauſa para hazer litigioſa la quota de laCapellania,no empero la fundacion deſta, ni ſus llamamientos, para que en ella recayeſſe la tranſaccion: ex Greg.XV. *deciſ.* 158. *num.*3. Y en terminos la Rota en Tonduto,*de penſ.dec.*42.*à num.*8. 10.& 11.

12. Ni puede obſtar, ſi ſe replicare con la miſma Rota, que el juizio,en quanto à la dicha Capellania,no era ſolo en la herēcia para ſu quota, ſino aſsimiſmo ſobre el derecho de preſentar;porque ſe reſponde con ella miſma,que eſto ſolo podia dar cauſa á la tranſaccion, aſsi en quanto al patronato, como en quanto à la quota,no empero en quanto a reuocar,y alterar la fundacion,y ſus llamamientos; porque todo ello fue conforme á la voluntad del teſtador,que no podia alterar la tranſaccion;porque à la execucion deſta,no ſe oponia que ſe litigaſſe el patronato por hereditario, ni el litigio ſobre eſte podia hazer litigioſa dicha voluntad, por ſer coſas diſtintas, & cum à diuerſis non ſit bona illatio,*ex l.Papinianus exuli 20.ff.de minor.* ſe ſigue no ſerla, la que ſe haze del patronato á la fundacion,y ſus llamamientos, por ſer coſas ſeparadas, ex Gonç. *in Reg.8. Chanc.Cloſ.45.* §.2.*num.28. verſ. Sicuti.* Burat. *par.1. dec.103. à num.5.*

Secun-

13. Secundo, porque el dicho Cura Juan Gonçalez no tuuo facultad para reuocar por la dicha transaccion la fundacion, y llamamientos della, porque su comission se extinguió *opere semel completo*; y es regular, que el que obra *alieno nomine* cumple su oficio, y ministerio luego que executa su facultad, la qual se entiende solo *pro prima vice, ex l. si puellæ 6. ff. de spons. & cap. si compromissarius 37. §. 1. de elect. in 6.* y lo dispone la *l. 35. Taur. quæ est l. 9. tit. 4. lib. 5. Recop.* Spino *in specul. Glos. 5. num. 51.* Carpio *de execut. lib. 3. cap. 5. à num. 1.* Noguer. *alleg. 9. à num. 33.* Y el P. M. Fr. Andres de la Madre de Dios, *tom. 2. curs. Theol. tr. 14. de iust. & iure, cap. 5. pun. 10. num. 145.* que lo extiende con otros, aunque la reuocacion sea por causa fauorable.

14. Y en lo general es conclusion cierta, que consumada vna vez la eleccion, como lo quedó con la fundacion la de los Capellanes en ella nombrados, en execucion de la facultad para fundar la dicha Capellania los comissarios a su arbitrio, no averla podido variar, ni alterar, *l. apud Aufidium 20. ff. de option. leg. l. serui 5. l. huiusmodi 84. §. stichum, ff. de leg. 1. l. statu liberum 11. §. stichum, ff. de leg. 2. & cap. publicato 58, de elect. & dict. cap. si compromissarius 37. §. 1. eod. tit. lib. 6.* El señor Valenç. *cons. 155. nu. 26.* Molin. *de primog. lib. 2. cap. 4. num. 37.* y Sarmiento, *lib. 8. select. in dict. l. statu liberum, num. 3. pagina mihi 457. & in l. vnum, ex famã 67. num. 3. pagin. 570. ff. de leg. 2.* y Herm. *in l. 7. tit. 4. par. 5. Glos. 5. num. 25.*

15. Esto mismo se prueba por las dichas leyes en terminos de executores testamentarios, y por la razon de la *l. vnum ex fam. 67. § si de falcidia, ff. de leg. 2.* ibi: *Quid enim de suo videtur reliquisse*, iuncta claus. *per quam paritus est voluntati.* Assi Ant, Gom. *in l. 40. Taur. num. 50.* Paz *de tenut. par. 1. cap. 34. à num. 75. & 81.* donde dize: *Mandatum namque testatoris prima nominatione, electione maioratus, & meliorationis distributione extinguitur, & num. 82.* dize: *Nullum itaque ius apud comissarium mansit, vt iterum eligere possit.* Ita ille, y Vvadingo citado de Diana, *par. 8. tr. 5. resol. 50.* Carpio, *de execut. lib. 2. cap. 14. à num. 29.* y Noguer. *d. alleg. 9. nu. 35.* que dá la razon: *Quia electio habet executionem paratam*,

16. Y es eficacissima razon la considerada por Paz, citado dict. num. 81. porque si con la eleccion no quedasse perfecta, y cõsumada la voluntad del testador, y se pudiesse variar, estaria impendenti la dicha voluntad, lo qual es absurdo contra derecho, mortuo testatore, *ex l. fin. ad finem, ff. comm. præd.* porque las

vlti-

vltimas voluntades, ſi quedaſſen ſuſpenſas, no recibirian perfeccion, y firmeça con la muerte del teſtador, lo qual es cõtra el Apoſtol, *ad Hæbreos* 9. ibi: *Primum in morte teſtatoris firmatur*, como diré deſpues, ex Paſqualig. *tom.* 2. *de ſacrif. nouæ leg. quæſt.* 1094. *num.* 5.

17. Tertio, porque la dicha fundacion, y todo lo demás executado en ella, es diſpoſicion propria del teſtador, que la cometió al arbitrio de dichos ſus comiſſarios, *ex l. apud* 19. *& l pater ex prouintia* 22. *ff. de manum. vind. l. ſi quis* 30. § . 1. *ff. qui & à quib. l.* 3. *ff. qui ſine manu l.* 4. *l. verum* 11. § . 1. *ff. de minor. l. cum quaſi* 30. § . *quærendum, ff. de fideic. liber. l. ſi conſentiente* 16. *l. cauſam* 20. § . *puellam & l. Nepoſ.* 22. *ff. de manum. vindict. l. vnum ex fam.* 67. § . *de falcidia, & ſeq. ff. de leg.* 2. como dizen el ſeñor Valenç. *d. conſ.* 155. *num*, 23. *& conſ.* 177. *num.* 17. Paz *de tenut. dict. cap.* 34. *num.* 77. y Carpio *de execut. lib.* 1. *cap*, 1. *num.* 23.

18. Nunc ſic, ſiendo diſpoſicion propria del teſtador, es principio cierto, que con ſu muerte quedò irreuocable, é immutable; luego el dicho Cura Juan Gonçalez, ó ſe conſidere como comiſſario, ó como albacea executor, ó como Capellan, no la pudo variar, alterar, ó reuocar; patet conſequentia, porque como comiſſario no era perſona legitima, por averſe extinguido ſu poteſtad; y como albacea mucho menos la podia contrauenir, debiendola por ſu oficio executar; y lo miſmo es cierto, como Capellan: luego lo es tambien, el que quedó perfecta, é immutable. Aſsi lo afirman por el miſmo argumento Paz, *d. cap.* 34. *à num.* 76. Noguer. *dict. alleg.* 9. *nu.* 37. y el P.M.F. Andres de la Madre de Dios, *dict. tr.* 14. *cap.* 5. *pun.* 9. *num.* 141. *in fin.*

19. Confirmaſe, porque la facultad de reuocar es propria del teſtador, y ſin eſpecial poder ſuyo en ninguno otro, q̃ teſtare por comiſsion ſuya, puede reſidir, ſegun la *l.* 34. *Taur. quæ eſt l.* 8. *tit.* 4. *lib.* 5, *Recop.* y en ellas todos ſus compiladores; ſed ſic eſt, que en el caſo preſente no la concedió el teſtador; luego no la tuuo el dicho Cura Juan Gonçalez para alterar; ni reuocar por la tranſaccion la dicha fundacion, ni ſus llamamientos, y calidades; luego todo lo que obrò contra ella fue nulo por defecto de poder. Todo el diſcurſo es cierto, y ſe prueba á fortiori, *ex l. procurator.* 10. *C. de procur. cap. cum olim* 7. *cap. per tuas* 9. *de arbitr. cap. cum olim* 32. *de offic*, *iud. de leg. cap. ſi cui* 23. *& cap. ſi procurator.* 38. *de elect. in* 6. *cap.* 4. *& cap. author.* 7. *de conceſ. præb. in* 6. con el *cap.* 2. *de teſtam. in* 6. Gargiar. *ſing.* 34. el ſeñ. Valenç. *dict.*

conſ.

conf.177.à nu.11.& per totum. Castill, *lib.4.contr.cap.36.num.36.* y Carpio, *dict.lib.3.cap.6.à num.9.*

20. Diràs, que como executor, ó Capellan fue parte legitima para litigar, y que como tal pudo transigir, y que como albacea, y Capellau transigió. Respondo lo 1. que no fue parte legitima para transigir, reuocando, alterando, y contraviendo á la voluntad del testador, que es la que se declaró por la dicha fundacion, como probaré despues. Respondo lo 2. que siendo necessaria expressa, y especial facultad para alterar, ó reuocar la disposicion del testador, cuya se reputa la de sus comissarios, no es suficiente la pressumpta, por la voluntad conjecturada del fin de las transacciones, ni aun la conjectura evidente, *ex l. si seruus 6. ff. de assig. libert. & l. si pluribus* 33. *ff. de leg.* 1. *l. ratum* 13. *ff. de solut. & l. sed hac nimiũ* 33 *ff. de excus. tutor.* Tiraq, *ad leg. connub. Gloss.7. à nu.*147. y Ualasc. *in prax. part. cap.14. n.19.*

21. Quarto, porque lo mismo procede en quanto á la transaccion, respecto de que demàs de que no recayó en lo que se litigaua, como ya probé à num. 11. no pudo causarle perjuizio al dicho D. Alonso Marquez, porque adquirido el derecho de su llamamiento (como es cierto se le adquirió irreuocable ex allegatis à num.14.) lo es tambien, que por el ajuste, y contrato hecho entre la heredera, y el dicho Cura Juan Gonçalez, no se le pudo quitar el dicho derecho, ex reg, in *l. quod nostrum* 11, *ff. de reg. iur. in l. fin. ff. de pact. l. si cum hermes.7. C. de locato, cap. 2. de his quæ fiunt à mai. part. Capitu. & cap.* 3. *de trans.* & latè á Giurva, *in consue. Senat. Messan. cap,1. Gloss.8. à num.*53.

22. Y en los terminos expecificos de transaccion, que està no perjudique al tercero interesado, ni al consorte en el mismo mo derecho (como lo era Don Alonso Marquez, y el dicho Cura Juan Gonçalez, porq́ ambos tenian vno proprio, é igual por la dicha fundació) se prueba *ex l. vnic. C. si in comm. eademq́ caus. cap.3. & cap. veniens.8. de trans. & cap. cum tempore* 5. *de arbitr.* Asi con Felino, Abbate, Serafino, y la Rota lo funda in legato facto pro anniuersario missarum. Pasqualig. *tom. 2. de sacrif. noua leg, quæst.*1038. *num.* 1, ibi: *Quando autem ius proprium est implicatum cum iure alieno non potest ipsi præ iudicari, nec tenet renuntiatio, aut transactio super ipso.* Ita ille; y en general Valeron. *de trans. tit.* 2. *quæst.7. num.*44.

23. Y es legitima la razon de la regla en la *l.2. & l.3. C. res inter alios acta, vel iudicata alijs non nocere.* Y la propria Rubrica la

aprue-

aprueba, porque el concierto que hizo el dicho Cura Juan Gonçalez con la heredera (como lo manifiesta la narratiua de la transaccion) es como si no lo huuiera hecho en lo que toca al perjuizio de la eleccion, y nombramiento de el dicho D. Alonso Marquez, porque sin su consentimiento, ninguna otra persona pudo renunciar su eleccion, y nombramiento, sino él mismo, *ex cap. 2. de rescript. & cap. sane 7. de renunt.* Asi con muchos Castr. Palao *tom. 3. oper. Moral. tr. 7. disp. 3. de Simonia, pun. 17. num.* 3. ibi: *Similiter etiam si beneficium nondum sit ad quisitum, sed solum sit ius ad illud poterit absque superioris authoritate renuntiari: vnde poteris electioni, præsentationi, & nominationi de te facta renuntiare.* Ita ille.

24. Quinto, porque el dicho D. Alonso Marquez se halla con su intenciõ fundada, por estar a su fauor las reglas de Derecho en el punto desta consulta. La 1. la de irreuocabilidad de la eleccion vna vez hecha. La 2. la del defecto de potestad de los comissarios para hazer nueua disposicion reuocatoria de la primera. La 3. la de immutabilidad de la voluntad del testador, que es tan segura regla, que apartarse della es en derecho impossible, iniquo, impio, y contra toda razon, *ex l. 1. C. de sacros. Ecles. cap. cum Martha 6. de celebr. Missar. & cap. vltima voluntas 13. quæst. 2.* Asi Matienço, *in l. 8. tit. 4. lib. 5. Recop. Gloss. 1. num.* 4. y Pasqualig. *canonic. cent. 3. quæst.* 240. *num.* 3. *& quæst.* 254. *num.* 5.

25. Y el que dixere lo contrario debe mostrarlo. Mantic. *de coiect. lib. 5. tit. 15. num.* 31. El señor Valenç. *cons.* 97. *à num.* 216. y D. Antonio de Dueñas, *in axiom. iur. lit. R. à num.* 46. que dizen con muchos, que el que se halla con la reglr a su fauor, no necessita de mas para obtener, y que no puede ser excluido, sino se muestra su limitacion en terminos expressamente; y no se podrá mostrar, que el comissario por causa de la transaccion pueda alterar su disposicion, ni el executor la eleccion en perjuizio de el derecho adquirido a los electos, ni el Capellan la voluntad del fundador.

26. Dirás, que no fue la fundacion, ni sus llamamientos, y calidades segun la voluntad del testador. Respõdo, que esto no tiene fundamento, y que necessita de prueba clara, y expecifica de la contraria voluntad, sin la qual no podia obtener la heredera contra los llamamientos, y sus calidades, y esta no la huuo, antes contraria; y asi no pudieron ser litigiosos los dichos

llama-

llamamientos; y por el consiguiente, en ellos no pudo obrar efecto la transaccion, sino sobre el patronato, y derecho de presentar a los llamados por dicha fundacion, y despues a los que nombrasse, y presentasse quien fuesse Patrono, que era lo que se litigaua, como dixe arriba, ó sobre la quota de la Capellania, que era lo que tambien se litigaua, ex Pasqualig. *d. tom. 2. quæst.* 1038. *à num. 2. & per totam.*

27. Respondo asimismo, que antes bien estaua probado ser la fundacion segun la voluntad del testador, y en execucion de lo que ordenó. Túm, porque en la propria escritura de transaccion de contrario presentada, se declaró que en virtud de lo que les avia comunicado a sus comissarios, avian dispuesto la dicha fundacion en la misma forma que en ella se expressaua. Túm, porque el testador les cometió las declaraciones que quisiessen hazer de su voluntad; y estas hizieron por el dicho su testamento, y fundacion, que en él executaron; y lo mismo declararon con juramento ambos comissarios, y se ratificò en ello el dicho Cura Juan Gonçalez en dicha transacciō, y que en especial era el dicho Lorenço de Vguillurreta la persona a quien la comunicó el testador, y a quien constaua su voluntad; y esta especialidad constó por la probança que se hizo en dicho pleyto, con que a vista dello no pudo quedar opinable la fundacion, en lo que toca á la voluntad del testador, sus llamamientos, y calidades, para que en ello surtiesse efecto la transaccion: optimé Pasqualig. *dict. quæst.* 1038. *à num.* 8. *&* 9.

28. Túm, porque quedó á la voluntad, y arbitrio de los comissarios, y albaceas la forma, declaraciones, y disposiciones de todo ello, y ellos por su proprio oficio la pudieron expressar, y declarar, y sus declaraciones hazen prueba legitima, assi en averseles comunicado la dicha voluntad, como en la elecciō, y disposicion de todo, pues ninguno mejor que ellos la pudieron conocer, y en especial el dicho Lorenço de Vguillurreta, por lo dicho arriba probado, y confessado en dicha transaccion, *l. verum* 7. §. 1. *ff. de reb. &* l. *cum quidam* 24. *ff. de leg.* 2. Assi la Rota en Greg. XV. *dec.* 544. *à num.* 17. ibi: *Sed etiam quia bene informatus de mente ipsius Marchionissæ, quæ vt dicunt testes omnia faciebat de eius consilio, & num.* 33. Y en Carena, *res.* 133. *nu* 6. y Carpio *lib. 2. cap. 5. num.* 15. ibi: *Vel quia ei manifestauit, & prædixit moriens, seu quia commissarius ex coniecturis depromit. & cap.* 23. *à num. 9. ad* 18. y el señor Castillo, *lib. 6. contr. cap.* 184. *à*

num,

num. 1. Y con otros Hermosilla abaxo citado num. 31.

29. Y esta es propria facultad de los comissarios, a quienes se comete la disposicion de la substancia de la disposicion en general, como en el caso presente se les cometió, *para que pudiessen hazer las declaraciones, disposiciones, obras pias, que quisiessen, y qualesquiera Capellanias a su arbitrio, sin limitacion en cosa alguna de todo ello*; porque entonces por su oficio les toca expressar, y declarar la forma, el lugar, y la cantidad, y hazer la eleccion; y hecho assi, queda firme la disposicion, porque la substancia della es del testador, *dict. l. vtrum 7. §. 1. ff. de reb. dub. l. cum pater 77. §. hæreditatem. ff. de leg. 2. & cap. cum tibi 13. de testam.* ex laté dict. à Carpio, *lib. 2. cap. 10. à num. 20. & seq.* Pasqualig. *quæst. Canon. cent. 3. quæst. 237. num. 5. & tom. 2. de sacrif. nouæ leg. quæst. 996. num. 4. & 11.* Porque como dizen Sanchez, *in summ. lib. 6. cap. 11. num. 47.* & Castro Palao, *tom. 3. oper. Moral. tr. 6. disp. 3. deuot. Relig. obed. pun. 13. §. 1. num. 10. officium commissarij in exprimenda testantis voluntate consistit, & solam voluntatis testatoris declarationem habet.* Ita illi.

30. Y procede con tanta eficacia, que aunque fuesse generalissima la facultad en orden al bien del alma del testador, sin expressar este en ella el que sus executores hiziessen alguna Capellania, ó memoria perpetua de Missas, la pueden, y aun debẽ hazer assi la distribucion, y se entiende dada facultad tacita por el testador para ello; quia benignior eius animæ interpretatio est facienda, *l. cum in testamento 24. ff. de reb. dub. & l. in testamento 27. ff. de cond. & demons.* Assi con singularidad Genuens. *in practicab. quæst. 400. & in prax. Archiep. cap. 78, num. 17.* Bonaci *de contr. disp. 13. quæst. 17. pun. 7. num. 6. vers. Ex quo.* Garcia, *in sum. tr. 3. dific. 11. dub. 2. num. 4.* Tamb. *opuscul. de sacrif. Miss. lib. 3. cap. 1. §. 6. num. 3.* y Pasqualig. *dict. tom. 2. quæst. 1097. num. 3. & quæst. 1094. num. 5. & 6.*

31. Aviendo, pues, los dichos comissarios expressado, y declarado vna vez la voluntad, q̃ se les encargó, y comunicó, queda cierto que no pudo el dicho Cura Juan Gonçalez hazer despues otra nueua declaracion dispositiua, como lo fue la de dicha transaccion, pues se inouò por ella la primera: *Nam dispositio alia intelligitur, cum quid primæ adijcitur, vel detrahitur, ex l. 1. § si quis simpliciter ff. de V. O. & l. ius ciuile 6. ff. de iust. & iur.* Assi lo dizen Avendañ. *in l. 35. Taur. Glos. vnic.* Carp. *de execut. lib. 3. cap. 5. à num. 10. & seq.* Harto bien con muchos Hermos. *in l. 7. tit. 4.*

tit.4.p.5. Glos.5. num.26. omnino videndus; y el señor Castillo *controu lib.2, cap.26. à num.85.* y en el *lib.3. cap.10.num.29*, dize, que es en tal caso nueua disposicion, y que no perjudica a los interessados en la primera.

32. Mucho mas, porque tambien fue nula respecto de que la facultad para declarar, y disponer lo que quisiessen, no fue a cada qual insolidum, sino a ambos simpliciter, quiças porque el dicho Lorenço de Uguillurreta era el que mas bien sabia la voluntad del testador, como está dicho; y assi no pudo solo el Cura Juan Gonçalez hazer nada, y mas en reuocacion de lo declarado, y dispuesto por ambos, *l.duo ex tribus 39. ff.de re iud. l.item si vnus 17. § si plures, & l.sicut 18.ff.de recept. arbitr. l.4.C. quando prou.non est neces, & cap.2.de testam. in 6. l.6. tit.10. par.6. & l.12.tit.4.lib.5.Recop.* Panormit. *cons.37. lib.2. Cargiar. par.1. sing.48.num.3.* el señor Valenç. *cons.177. à num. 18. 33. y 36. ad 38.* y Carpio, *dict.lib.3.cap.2. à num.2.*

33. Sexto, porque el dicho Cura Juan Gonçalez, ni como comissario para testar, ni como albacea era parte legitima para la transaccion. Como comissario es cierto, visto à lo que se reduce su facultad, que explican bien al intento el P.Sanchez, y el P.Castro Palao, citados arriba num. 29. Y como albacea, y comissario es tambien cierto (assentado, que vnos son particulares, y otros vniuersales, y que en ambos cargos procede esta distincion) porque el comissario para testar serà vniuersal, si no ay heredero; y se le comete la distribucion general, como en el executor, si haze vezes de heredero, porque tiene la execucion vniuersal; assi con muchos Carpio, *lib.1.cap.1.num.48. & lib.3.cap.3.à num.5.*

34. Y siendo llano, que los executores si no tienen especial facultad del testador para enagenar, no lo pueden hazer quando son particulares, segun la *l.4.tit.10.par.6.* se sigue, que no son partes legitimas para transigir, ni hazer otro acto que mire a enagenacion, como lo es la transaccion, y que no la pudo hazer el dicho Cura Jũã Gonçalez, como tal albacea particular, pues consta no tenia tal facultad de vender, ó enagenar: assi en proprios terminos de transaccion lo dizen Especulador, Immola, Juan Bapt.Socino, *cons.95.num.10. lib.3.* y Craueta, *cons. 323. à num. 1.* que con otros cita, y sigue Baltasar Thomasio, *tr.3.de execut. vltim. volun. tit.12. à num. 185.* que se confirma con Sanch. *cons.mor.lib.4.cap.1.dub.46.num.3.* Carpio, *de execut.*

lib.

lib.3.cap.3.num.74. y Valeron.*de transf.tit.4.quæst.1.à num.1.*

35. Ni en esta consideracion pudo obrar cosa alguna la licencia, y decreto del Juez, porque demàs de lo que despues fundaré, es cierto por lo que mira a ser las partes ilegitimas, el q̃ no las habilita, ni puede habilitar el decreto del Juez para transigir, porque no se puede extender a esto, como en el curador ad litem, que es el judicial, afirmando averse declarado nula vna transaccion hecha con èl, ex licencia, & decreto iudicis, por no ser el curador judicial parte legitima para transigir, y assi no habilitarle el decreto; lo funda bien Valeron, *dict.tit.* 4. *quæst.1.à num.52.* Luego lo mismo se ha de dezir en el executor, por militar la propria razon de no parte.

36. Septimo, y eficazmente, porque no puede ser la transaccion de mayor potestad, que la cosa juzgada; assi con la *l.non minorẽ* 20.*C.de trans.* lo notó Gotofredo, y lo dizen los Doctores en ella; sed sic est, que la sentencia, y cosa juzgada no vale contra el testamento, y disposicion del testador, ni puede tener subsistencia contra su voluntad; luego ni la transaccion. El argumento todo es legitimo, y seguro, porque la mayor es cierta, y la menor se prueba, con que las vltimas voluntades en todas letras, leyes diuinas, y humanas, obligan a su observancia a los Juezes, y hasta al Principe, y al Papa; y por ello dixo Platon, *lib.10.de legib. Horrendum esse si homines tempore mortis irreuocabiliter disponere non potuissent.* Y seneca, *in declam.3. Quod periret authoritas testamentorum, si voluntates testantium inviolabiliter non observarentur.* Ita illi.

37. Pruebase en todos derechos, *ex l.hæreditas 52.ff.de petit. hæred. l. si testamentum* 10.*l.ambiguit.24. & l.cum antiquitas 28.C.de testam l.nulli 28. l.si quis* 46. *& l. si quis* 49.*C.de Episc. & Cler. l.1. C.de sacros.Ecclef.* Auth.*deEcclef.titu.* §.*si quis ædificationem,col.9.* & Auth. *de hæred.& falcid* §.*fin.col.1.* ibi: *Scripsimus quatenus, & viuentes relictis potiantur, & deficientes cum securitate moriantur, scientes, quia lex eis sepultis ministrabit, & quidquid illi disposuerint ad effectum illa perducet, cap.3. cap.si hæredes 6.cap.Ioannes 19. & cap.tua 17.de testam.& clem.quia contigit, de Relig.domi.& l.5. & l.* 7. *tit.10.par.* 6. Y sea el escudo desta verdad S.Pablo, *ad Galatas* 3. ibi: *Tamen hominis confirmatum testamentum nemo spernit, aut superordinat.* Assi el Apostol, laté Carpio, *dict.lib.3.cap.4.à nu.1.* y Pasqualig. *dict. cent.3. quæst. Canon. quæst.* 240. *num.3.* donde prueba, que ni con pretexto de causa pia, y fauorable se puede alterar.

38. Y en proprios terminos, que contra la disposicion testamentaria valida, y voluntad del testador, no vale, ni tiene fuerça la transaccion, ni la sentencia; y aunque esta la tuuiesse, no la pueda tener aquella, consta de la verdadera inteligencia de la *l.* 25 *tit.* 11 *par.* 3. *& l.* 1. *tit,* 2. *par.* 6. Bartul. *in l. controuersia* 14. *ff. de trãsact. à num.* 2. Capicio, *dec.* 48. *à num.* 1. Valasco, *consult,* 39. *nu,* 13. Hodierna, *controu. cap.* 15. *num.* 14. y Ciarlino, *par.* 1. *contr. cap.* 5, *à num.* 37. *ad* 44. que habla en terminos de sentencia; y prueba, que no perjudica a los interesados, y llamados en la disposicion, y que no vale contra ella, y la voluntad del testador; luego es legitima tambien la consequencia.

39. Octauo, porque como se ha fundado, la disposicion es propria del testador, y los executores no tuuieron mas que ordenarla, y declararla, y luego que la expressaron, y declararon, no les quedó mas facultad que de executarla ellos, como sus albaceas (que demás de comissarios, fueron nombrados con la heredera) con lo qual quedó perfecta, y executada la voluntad por dicha fundacion, y assi no le pudo quedar a el dicho Cura Juan Gonçalez facultad para alterarla, segun Hermosilla citado arriba num. 31. q̃ es lugar expresso, ni con licencia del Ordinario, porque tampoco la tuuo este para ello, *ex dict. Clem. Quia contingit. de Religios. domib. & conc. Trid. cap.* 6. *Sess.* 22. *de reform.* Segun su verdadera inteligencia: Pinelo, *in Rubr. C. de rescind. vind. par.* 1. *num.* 18. *y* 19. P. Molina, *de iust. & iur. tom,* 1. *disp.* 249. *num.* 5. y Carpio, *de executo. lib.* 3. *cap.* 4. *à num.* 4. *&* 13. *&* 15. donde con muchos dize, que procede *etiam si vltima voluntas executioni non sit tradita.* Ita ille; y Diana, *par.* 8. *tr.* 5. *res.* 63.

40. En especial, quando se ttataua de perjudicar al que se hallaua llamado en la fundacion, y con derecho adquirido, que sin consentimiento suyo no se le podia quitar, pues ni la autoridad del Ordinario, ni la potestad ordinaria del Pontifice alcança a lo referido, *l.* 2. *ff. de his qui sunt sui, &c. l.* 2. §. *si quis à Principe, ff. nequid in loc. publi. cap. cum dilectus* 8. *de consuet. cap. dudum* 31. *de priu. cap. quamvis* 8. *de rescrip. in* 6. Gonçal. *in reg.* 8. *Chanc.* §, 1. *Proëmial, num.* 22. con muchos Pasqualig. *dict. tom.* 2. *de sacrif. nou. leg. quæst.* 1079. *num,* 4. Ciarlino, *dict. cap.* 5. *nu.* 70. Avendañ. *de censib. cap.* 62. *à num.* 17. y el señor Olea, *de cess. iur. tit.* 3. *quæst.* 4. *à num.* 37.

41. Y en terminos indiuiduos de fundaciones de Capellanias,

que

que no se pueda alterar la voluntad del testador vna vez manifestada, ni con licencia del Ordinario, y consentimiento del heredero, patrono, ó executor, y mucho menos conmutarla en perjuizio de tercero con la *Clem. quia contigit. de Religios. dom.* lo resuelve Garcia, *de benef. par. 7. cap. 1. à num.* 107. donde dize: *Quod & si dispensare posset, tamen non procederet vbi praiudicaretur iuri alicui tertio quæsito, &c. & num.* 110. & 111. donde dize, que esta sentencia es llana despues de la disposicion del santo Consilio de Trento, y que asi lo ha declarado la sacra Congregacion de Cardenales, y prosigue por muchos numeros refiriendo varias decisiones de la Rota en comprobacion, y Ceuallos *de cognit. quæst. 3. à num.* 3.

42. Lo mismo funda harto bien Riscio, *decis. Curiæ Archi. par. 3. dec. 83. per totam*, con muchos Lara, *de Capell. lib. 1. cap. 14. à num.* 11. el P. Castro Palao, *tom. 2. oper. Moral. tr. 13. de benef. disp. 1. pun. 6. à num. 3. &* 6. donde dize: *At nullatenus est admittendum; quia Ordinarius, etiam consentiente patrono, potestatem non habet alterandi, & mutandi fundatoris voluntatem, & à num.* 22. Monet. *de comm. vlti. volun. cap. 5. à num.* 409. Tondut. *quæs. benef. par. 1. cap. 112. à num. 4. Vbi hoc ampliat licet commutatio fieret in melius.* Ita ille, *& num. 7.* & latiss. Pasqualig. *dict. tom. 2. de sacrif. nou. leg. qu.* 1079. *à num.* 2. Y en el *num.* 4. dize ampliandolo: *Ordinarium nō posse commutare legatum pro Missis etiam ante executionem.* Ita ille; *& num.* 7. que: *Licet summus Pontifex commutare posit legatum pro Missis in alud opus pium iuxta Clem. quia contigit de Religios. domib. non tamen potest sine iusta causa.* Ita ille, *& quæs. Cano. cent. 3. quæst. 254. à num.* 2.

43. Y aunque nos consta, que es muy reñida question, si puede el Ordinario hazer lo mismo con justa causa, siempre me ha parecido mas cierta la sentencia referida por los textos, decisiones de la Rota, y declaracion de la sacra Congregacion, que entiende asi el *cap. 6. Sess. 22. cons. de reform.* aliàs seria contrario el *cap. 5. Sess.* 25. que es expresso por la nuestra, segun Castro Palao sup. dict. num. 22. Además, que si el Ordinario puede, se entiende quando no ay perjuizio de tercero, y la causa es por imposibilidad de la execucion de la voluntad, y todo faltó en este caso; asi ex Sarmiento, y Riccio Tond. *dict. par. 1. cap. 68. num. 9. & cap. 25. num.* 8. Y con muchos Pasqualig. *dict. quæst.* 1079. *num. 5. &* 8.

44. A que se llega, que quando la potestad del Ordinario alcançara

çara a autoriçar la alteracion de dicha fundacion,y voluntad; esto se entenderia haziendolo el proprio Ordinario,pero no el Capellan,pactandolo con la heredera,siendo en ello,vti transigens,parte,y Juez a su fauor, mirando solo a su vtilidad, y conveniencia, nombrandose a si sin atender al derecho de los demàs;lo qual nunca pudo ser decente: optime Castro Palao, *dict.tr.13.de benef.Eccles.disp.1.pun.6.num.23.* ibi: *Ergo non decet Capellanũ illius constituere iudicem, quia nemò in propria causa iudex rectus,& circunspectus esse potest.* Ita ille.

45. Ni obsta el que demàs de la licencia del Ordinario para hazer la transaccion el dicho Cura Juan Gonçalez (con que lo constituyó Juez en su causa el dicho Ordinario, que es el caso de Castro Palao) se presentasse la dicha transaccion,y se pidiesse su aprobacion,porque esta recayò en la fundacion ; y el dezir: *En virtud de la transaccion*, es muy confusa, y general aprobacion della, y su contenido,y avia de ser especialissima, porque lo general no se estiende a lo particular, de que no se hizo expressa mencion, *cap.1.in fine de filijs Præsb.in 6.cap.postulasti 27.de rescrip.* y vino a recaer en la fundacion, y sus calidades. Rota en Tondut. *de pens.dec.3.num.5.* Y demás dello nunca le perjudicaua a esta parte, ex Greg.XV. *dec.164.num.10. & dec.179.à num.1.& per totam.* Carena,*res.142.à num.2.*

46. Y en terminos de que considerada como causa legitima la transacion para la alteracion, no passe al tercero el perjuizio que della se le sigue,sino es con licencia,y autoridad del Pontifice,segun la disposicion del *cap.veniens 8.de trans.* lo fundan in casu Rota en Mantic.*dec.201. num.2.* y en Tondut. *de pens. dec.38.num.5.dec.69.num.9.dec.89. num.7.* Ciarlino, *par.1.contr. cap.39.num.49.* y Pasqualig.*dict.tom.2.quæst.1038. à num.6.& 7.* que habla in legato pro Missis,aun no eregidas,ni executado; & videndus Valeron,*de trans. tit.3. quæst.6. à num.25.* Por los quales fundamẽtos me parece seguro el derecho de D.Alonso Marquez Pacheco, y assi lo siento; salvo,&c. En Cadiz a 26. de Abril de 1672. años.

Lic.D.Luis de Salvatierra.

¶ Teniendo acabada esta Consulta,llegó a mis manos el parecer que sobre la misma dió el señor Doct. D. Diego de la Serna, Cathedratico de Visperas de Leyes mas antiguo, que me pareció insertar aqui, por ser del proprio sentir,y autoridad

dad de tanta consequencia para la justicia de la pretension de el dicho D. Alonso Marquez Pacheco; y presupuesta la misma Consulta que está al principio, prosigue el dicho parecer en la forma siguiente.

RESpondo á la Consulta propuesta, que el derecho de Don Alonso Marquez es cierto, y seguro, supuesta la relacion de esta Consulta; porq́ este executor, ó primer Capellan, tomese en el concepto que quisiere, vna vez hecha la fundacion de la Capellania, y llamamientos della, no pudo bolver a alterar, y mudar dichos llamamiẽtos, ní tuuo potestad para esso; porque el executor es vn mero ministro de la voluntad del testador, y en executando esta, cessó su potestad, *l. vnus ex familia 67.* §. *si de falcidia*, §. 1. *& sequenti*, ibi: *Quid enim de suo videtur reliquisse, &c.* & inferius *post quam paritum est voluntati*; y es conclusion formal de Acursio, y Bartulo, y los DD. que quando la eleccion se haze en execucion de voluntad de otro, queda el acto perfecto, y se adquiere derecho irreuocable al nombrado, sin que se pueda admitir alteracion. Primo, *ex l. apud 20. de optione legata, l. statu liberum*, §. *stichum de leg. 2. l. huiusmodi*, §. *stichum de leg. 1.* Y en lo general de que vna vez consumada la eleccion por la fundacion, hecha en execucion de la facultad dada, no es licito variar, docent Molina, *de primogenijs, lib. 2. cap. 4. num. 37.* Solorçan. *cum pluribus, de iure indiar. lib. 2. cap. 11. num. 58. & cap. 22. num. 60.*

Y en terminos de executor de testamento, Carpio *de executoribus testamentarijs, lib. 2. cap. 14. ex num, 29. cum sequentib.* Diana *resol. Moral. par. 8. in tractu de executoribus, dub. 50.* Anton. Gom. *in l. 40. Tauri, num. 50.* Sanch. *cons. lib. 4. cap. 1. dubio 64.* Castill. *in l. 35. Tauri, num. 1. & 2.* Y la misma ley lo dize; y la razon es, porque dispositio facta ab executore inteligitur á testatore facta; y seria cosa desproporcionada, que tuuiesse derecho para alterar lo que estuuiesse dispuesto por el testador, vt etiam fundat Moneta, *de comutatione vltimarum voluntatem, cap. 5. ex num. 53. cum sequentib.* y todos limitan esta conclusion, en caso que tuuiesse la facultad de alterar dexada por el testador, ó que huuiesse de nombrar al tiempo de su muerte, vt videre est per Molinam, & addentes, *lib. 2. cap. 4.* y ninguna de estas limitaciones se aplica a este caso.

Secundo, porque adquirido el derecho deste llamamiento, como

como no se puede dudar, a D. Alonso Marquez, y demàs llamados, no se les pudo quitar este derecho adquirido de la disposicion, sin consentimiento suyo, *l. fin. de pactis, l. id. quod nostrū 11. de regulis iuris, l. 10. § si debitorem, quæ in fraudem creditorum, l. si cum hermes 7. C. de locato cum vulgatis.* Gonçal. *ad reg. 8. Cancel. Glos. 56. num. 116. cum plurib.* Escob. *de puritate, par. 1. quæst. 7. num. 131. cum seqq.*

Tertio, porque la transaccion, y compromisso hecho con la muger, es con o si no se huuiera hecho en lo que toca al perjuizio de D. Alonso Marquez; porque la transaccion hecha sin consentimiento de los que tienen derecho sucessiuo, no se estiende a los que no consintieron, ni les perjudica, *l. Imperatores, de transactionibus, cap. veniens, de transactionibus, l. 2. & 3. C. res inter alios acta, l. si dictum, § si compromissero, de euiction. l. peto, § fratre de leg. 2.* Molina, *de primogenijs, lib. 4. cap. 9. num. 10.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 52. num. 16. & num. 81. cum seqq.* Moneta, *de cōmutatione vltimarum voluntatum, cap. 9. num. 510.*

Y es principio cierto, que por la alteracion, remission, com promisso del executor, ó fideicommissario, no se perjudica al que tiene derecho adquirido. Quarto, porque aunque se diga que en essa transaccion intervino autoridad, y licencia de el Ordinario, no por esso se podrà validar lo que es inutil, como està ponderado; porque aviendose executado la voluntad del testador con la fundacion hecha por los comissarios, quedó perfecta, y ya ni el comissario, ni el Ordinario tienen facultad para commutarla, ni alterarla, vt ex *Clem. quia contigit de Religiosis domibus, Cons. Trid. Sess. 22. de reform. cap. 6.* post Panormit. & Couarrub. *in cap. tua nobis de testam.* docet Molin. *de iust. & iure tractu. 2. disp. 249. vers. Vtrùm.*

Mayormente tratando de perjudicar al llamado, y nombrado en la fundacion, sin consentimiento suyo, adonde no llega la potestad del Ordinario, ni la potestad ordinaria de su Santidad, ni del Principe, vt tenet Molin. *de primogenijs, lib. 1. cap. 8. num. 31. & lib. 4. cap. 3. num. 15. & 21. vbi addentes*, alter Molina, *tit. 1. disp. 174. num. 31.* Castillo, *de tertijs, cap. 41. ex num. 2. cum plurib. seqq.* & cum alijs Olea, *deces. iur. tit. 3. quæst. 4. nu. 37. & 38.*

A esto se llega, que la autoridad del Ordinario fue para hazer la transaccion para autoriçarla, por ser en materia de bienes de difunto, y de patronato, y de la quota parte que avia de tener la Capellania; pero no fue para alterar los llamamiētos,

pues

pues ni esto era del pleyto, ni se le avia expressado; y quando la autoridad es menester especialmente para algun acto, aunq se conceda general, no se estiende a lo particular, de que no se hizo mension, *cap. 1. in fin. de filijs Præbiter. lib. 6. cap. postulasti, & cap. super literis de rescriptis, cap. cæterum eodē tit.* & notant DD. ibi: Y quando se le huviera expressado, tampoco servia de autoriçar la alteracion, por defecto de voluntad, que no se presume la tenia para derogar al derecho adquirido al tercero, *l. nec damnosa, C. de precibus, Imperat. offeren. l. 2. § si quis à Principe, & § merito, ff. ne quid in loco publico, l. ex facto ff. de vulgari, l. item labeo, § 1. familiæ hercis cundæ, l. 3. de bonis libertorum.* Y por defecto de potestad, pues no la tenia para perjudicar al tercero, no llamado, ni citado, como està fundado.

Omito el fundar averse hecho sin el otro comissario, y averse passado el termino, y lo demàs, que se reconoce con facilidad; porque para ser claro el derecho de D. Alonso Marquez sobra lo que està fundado; y assi hallandose al tiempo de la vacante con las calidades pretendidas en la fundacion primera, soy de parecer, q no le empece la alteracion de llamamientos que despues se hizo: assi lo siento. En Salamanca, y Abril 20. de 1672. años.

Doct. Don Diego de la Serna.
Cathedratico de Visperas de Leyes mas antiguo.

¶ El siguiente es parecer del proprio Abogado que dispuso la transacion, y me pareciò ponerle aqui, por ser testigo de toda fé en el animo que en ella se lleuó.

HE visto, y reconocido dos pareceres dados, el vno por el señor Doct. D. Diego de la Serna, Cathedratico de Uisperas de Leyes mas antiguo de la Vniuersidad de Salamanca; y el otro por el señor Lic. D. Luis de Salvatierra, en razon de el pleyto que el Lic. D. Alonso Marquez Pacheco, vezino desta Ciudad, sigue con D. Antonio Lopez Marquez, sobre la Capellania que en la Iglesia del Angel de la Guarda desta dicha Ciudad fundaron los fideicomissarios albaceas, cumplidores, y executores de la vltima voluntad del Capitan Agustin de Saldivia, difunto, en virtud del poder que para ello les diò, y

otorgó;

otorgó; la qual está vaca por muerte del Racionero Juan Gonçalez, primero Capellan, y vno de los dichos fideicomissarios, que la sirvió hasta su muerte; y no puedo dexarme de conformar en todo, y por todo con lo resuelto por dichos pareceres, en que se asienta por caso llano, que el dicho Lic. D. Alonso Marquez Pacheco debe ser preferido en esta vacante, y que se le debe colar dicha Capellania; porque se halla con expresso nombramiento en la primera fundacion, y con expressa prelacion por sus letras, y virtud, y estar entonces mas proximo a ordenarse, y mas idoneo al tiempo de la vacante, cuya qualidad está justificada por estar de presente graduado en Canones, y Filosofia, Confessor aprobado; y esto no concurre en el dicho D. Antonio Lopez Marquez, como doctamente se defiende por dichos señores consulentes en particular, porque la transaccion que despues se hizo por el año passado de 1659. entre el dicho Racionero, y la heredera del dicho difunto, en manera alguna pudo perjudicar al primer nombramiento, y condiciones de la primera fundacion, y al derecho que por ella se le avia adquirido al dicho Lic. D. Alonso Marquez Pacheco, no aviendo el susodicho intervenido, ni consentido en ella, lo qual procede sin dificultad de derecho: y en este particular puedo assegurar, y afirmar, que entre todos los que tratamos desta transaccion, no huuo animo, ni intencion de causar perjuizio al dicho Lic. D. Alonso Marquez Pacheco, ni se atendió a otra cosa mas de procurar que se erigiesse, y colasse la dicha Capellania, y se dixessen las Missas, y Sufragios de su obligacion, como lo avia mandado el dicho difunto; y esto por ver que de toda su hazienda no se avia convertido nada en bien de su alma, y que esta Capellania, y su ereccion se avia contradicho por la dicha heredera, y avia dos años que estaua litigiosa, y assi confiriendo estos inconvenientes el dicho Racionero con el General Vrbina, y Sebastian de Casa de Vante, y otros Caualleros Vizcainos, a cuyo cargo està la Capilla de la nacion Vazcongada, entendidos deste inconveniẽte, y de que todavia faltauan por imponer dos mil ducados, que estauan a cargo de la dicha heredera, fueron de parecer se hiziesse, y executasse en la forma que se pudiesse, de manera que se dixessen las Missas de dicha Capellania, y quedasse eregida, colada, y perpetua, que despues los interesados podrian seguir su derecho, y defenderlo; y assi se executó por mi disposi-

posicion, atendiendo solo a esto, y al bien del alma del dicho difunto, y que se le hiziessen los sufragios que avia mandado; y esto fue la causa final, y eficiente de hazer la dicha transaccion, sin querer, ni intentar en todo lo demàs perjudicar á la primera disposicion, y fundacion: y aunque el dicho Lic. Don Alonso Marquez Pacheco no estuuiera nombrado, con esta prelasion, y calidad, hallandose en concurrencia, y paridad de derecho con el dicho D. Antonio Lopez Marquez, se debia preferir por la mayor idoneydad, sciencia, y grados con que se halla; lo qual es comun resolucion de Derecho en todos los casos desta calidad, y se observa, y guarda en todos los concursos que se hazen en los Beneficios de presentacion entre parientes, quando concurrẽ en igual grado; y este es mi parecer, salvo, &c. Cadiz 16. de Junio de 1672. años.

Lic. D. Andres de la Pedrosa.